

Janusz Tylman

INSTYTUCJA ŚWIADKA INCOGNITO

1

Poważny wzrost przestępczości odnotowywano w ostatnich latach w wielu krajach, również w Polsce, gdzie zwłaszcza bezpośrednio po roku 1989 miał on charakter skokowy. Ta rosnąca przestępczość obejmuje nowe, często groźne, a jednocześnie złożone i skomplikowane, niekiedy brutalne sposoby popełniania przestępstw. Specjalizacja i profesjonalizacja przestępców, ich zorganizowane formy działania i międzynarodowe powiązania, wymagają odpowiedzi na różnych płaszczyznach działalności organów państwa, w tym – w zakresie regulacji prawnych.

Zjawiskiem szczególnie niepokojącym – zakłócającym nie tylko prawidłowy przebieg postępowań karnych, ale mogącym podważać w wielu sytuacjach ogólnie pojmowaną skuteczność walki z przestępczością, zwłaszcza przestępczością zorganizowaną – jest gwałtownie narastające poczucie zagrożenia ze strony świata przestępczego, występujące wśród osób będących świadkami zdarzeń przestępnych, których zeznania są potrzebne, a często wręcz niezbędne dla wymiaru sprawiedliwości. Dotyczy to w wysokim stopniu także pokrzywdzonych, którzy obawiają się nie tylko występowania w charakterze świadków, ale rezygnują z tych samych powodów w ogóle ze składania zawiadomień o przestępstwie, które ich dotknęło¹.

¹ S. Waltoś (*Dylematy ochrony świadka w procesie karnym*, Państwo i Prawo 1995, 4, s. 39–41), omawiając narastające obawy pokrzywdzonych i świadków przed użyciem wobec nich przemocy, porównuje zagrożenie u nas i w innych krajach, przewidując, że „wszystkie wrocie zachowania wobec świadków, znane za granicą, mogą wystąpić także w Polsce”. Zob. też K. H. Goessel, *Zeugen- und Opferschutz im deutschen Strafprozess*, [w:] *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht*, Białystok 1996, s. 405 i n.

Po długich dyskusjach i z pewnymi oporami, ustawą z dnia 6 lipca 1995 r. (Dz.U. nr 89, poz. 444) wprowadzona została do polskiego systemu karnoprocesowego instytucja świadka *incognito* (świadka anonimowego, utajnionego, chronionego), w wersji opartej w zasadzie na konstrukcji zawartej w projekcie nowego kodeksu postępowania karnego².

Ujęta ona została przede wszystkim w dodanym art. 164a kpk. stanowiącym co następuje:

§ 1. Jeżeli zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach, świadka lub osoby dla niego najbliższej, sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, może wydać postanowienie o zachowaniu w tajemnicy danych umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka.

§ 2. W razie wydania postanowienia, o którym mowa w § 1, dane umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka pozostają wyłącznie do wiadomości sądu lub prokuratora, a gdy zachodzi konieczność – również funkcjonariusza policji prowadzącego postępowanie. Protokoły zeznań świadka wolno udostępniać oskarżonemu lub obrońcy w sposób uniemożliwiający odczytanie danych umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka.

§ 3. Świadka przesłuchuje prokurator lub sąd, który może zlecić wykonanie tej czynności sędziemu wyznaczonemu ze swojego składu, w miejscu zapewniającym zachowanie danych umożliwiających ujawnienie tożsamości w tajemnicy. Przy przesłuchaniu przez sąd sędziego może być obecny prokurator.

§ 4. Oskarżony lub obrońca mogą zadawać pytania świadkowi tylko za pośrednictwem sądu lub prokuratora, z zastosowaniem środków wyłączających możliwość ujawnienia tożsamości świadka.

§ 5. Na postanowienie w sprawie zachowania w tajemnicy danych umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oskarżonemu służy, w terminie 3 dni, zażalenie do sądu. Zażalenie na postanowienie prokuratora rozstrzyga sąd właściwy do rozpoznania sprawy. Postępowanie dotyczące zażalenia jest objęte tajemnicą. W razie uwzględnienia zażalenia, protokół z przesłuchania świadka podlega zniszczeniu; o zniszczeniu protokołu należy uczynić wzmiankę w aktach sprawy.

§ 6. Minister Sprawiedliwości określi, w drodze rozporządzenia, sposób sporządzania, przechowywania i udostępniania protokołów zeznań zawierających wiadomości o świadku, którego dane umożliwiające ujawnienie tożsamości podlegają zachowaniu w tajemnicy, a nadto określi dopuszczalny sposób powoływania się na takie zeznania w orzeczeniach i pismach procesowych.

Uzupełniono też art. 339 kpk nowym § 3, stanowiącym, że na rozprawie wolno odczytywać protokoły zeznań świadka przesłuchanego w warunkach określonych w art. 164a; rozprawa jest wówczas niejawną, zaś przepisu o obecności tzw. mężów zaufania (art. 309 § 1 kpk) nie stosuje się.

Konsekwentnie wyłączono przeprowadzanie w takich wypadkach konfrontacji (art. 157 § 3 kpk), zaś odnośnie do okazania dodano postanowienie,

² Por. art. 172, 173 § 2, 184, 191 § 3, 304 § 1, 393 § 4, opracowanego przez Zespół Prawa Karnego Procesowego Komisji ds. Reformy Prawa Karnego, projektu Kodeksu postępowania karnego, wniesionego do Sejmu 18.08.1995 r., w wersji z dn. 11.09.1996 r., powstałej w wyniku prac komisji sejmowych.

że można je przeprowadzić również tak, aby wyłączyć możliwość rozpoznania osoby przesłuchiwanej przez osobę rozpoznawaną; zmiana unormowania dotycząca okazania sformułowana została ogólnie i odnosi się nie tylko do okazania w ramach instytucji świadka *incognito* (art. 65 § 1 kpk).

Wprowadzono też przepis nie budzący już zastrzeżeń i oporów – dopuszczający tzw. małe utajnienie, w brzmieniu:

Jeżeli zachodzi uzasadniona obawa użycia przemocy lub groźby bezprawnej wobec świadka lub osoby dla niego najbliższej w związku z jego czynnościami, można zastrzec dane dotyczące miejsca zamieszkania do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu. Pisma procesowe doręcza się wówczas do instytucji, w której świadek jest zatrudniony, lub na inny, wskazany przez niego adres [art. 173 § 3].

Przepis ten stosuje się odpowiednio do osoby składającej zawiadomienie o przestępstwie (art. 256 § 1 kpk).

Przyjęta w polskim prawie instytucja świadka *incognito* nie została ograniczona do pewnych tylko kategorii przestępstw, co sugerowano w toku prac legislacyjnych. Ostatecznie zdecydowano się na dopuszczenie utajnienia świadka teoretycznie w każdej sprawie, bez względu na występującą kwalifikację prawną czynu, wychodząc z założenia, iż realne zagrożenie świadka (pokrzywdzonego) może wystąpić niezależnie od wagi czynu. W praktyce jednak sięganie do możliwości utajnienia, a więc zmierzanie na tej drodze do ochrony świadka, powinno mieć charakter wyjątkowy i występować w zasadzie tylko w sprawach o cięższe przestępstwa, zwłaszcza dotyczących przestępczości zorganizowanej, co nie wyklucza sporadycznego posiłkowania się tą konstrukcją w sprawach relatywnie niższej wagi, np. włamań, kradzieży, pobicia, znęcania się nad rodziną itp.

Nie powinno się stosować art. 164a kpk, a zatem najdalszej ochrony świadka, jeżeli dowód jest mało istotny; z drugiej wszakże strony – świadek utajniony i jego zeznania nie mogą być dowodem jedynym w sprawie, a nawet dowodem decydującym, to znaczy takim w kontekście pozostałych dowodów, bez którego skazanie nie mogłoby nastąpić. Jest to swoisty dylemat. Pamiętać jednak trzeba, że instytucja ta w takim stopniu ogranicza zasady jawności, bezpośredniości, a zwłaszcza prawa do obrony, iż umiar w posługiwaniu się nią jest nie tylko wskazany, ale wręcz niezbędny – o czym będzie jeszcze mowa na tle Konwencji Praw Człowieka i orzecznictwa strasburskiego.

O utajnieniu decyduje nie policja, jak w praktyce niektórych państw europejskich, lecz prokurator albo sąd. Generalnie podkreślić trzeba decydującą w istocie rolę sądu w realizacji omawianych przepisów, który przede wszystkim może nie zaakceptować wcześniejszego utajnienia świadka, dokonanego w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora. Wówczas

zastosowanie ma art. 155 § 1 kpk, na podstawie którego sąd oddala wniosek dowodowy prokuratora (w tym kształcie), zaś dalsze przesłuchania świadka odbywają się na zasadach ogólnych, z tym, że nie ujawnia się ani wcześniejszego statusu świadka utajnionego, ani wcześniejszych protokołów przesłuchań dokonywanych w tamtych warunkach.

Świadka *incognito* (od momentu jego utajnienia) nie może przesłuchiwać funkcjonariusz policji, a jedynie prokurator, sąd lub sędzia wyznaczony ze składu (nie istnieje – przewijający się na tle niektórych systemów zachodnich, a w konsekwencji także w orzecznictwie strasburskim – problem sędziego śledczego, którego obecne prawo polskie nie przewiduje i który nie jest również przewidziany w projekcie nowego kodeksu). Przesłuchanie powinno odbywać się w miejscu i warunkach zapewniających zachowanie utajnienia: gdy chodzi o sąd, może ono następować w odpowiednio przystosowanej sali rozpraw, albo przez sędziego – poza nią (a więc i poza rozprawą).

Zadawanie świadkowi pytań, w szczególności przez oskarżonego i jego obrońcę – na piśmie lub za pomocą środków technicznych (np. telekomunikacyjnych) – odbywać się musi za pośrednictwem prokuratora lub sądu (sędziego). W związku z prawem oskarżonego do wnoszenia zażalenia na decyzję o utajnieniu świadka – zawsze do sądu – wskazać wypadnie, że przesłuchiwanie może mieć miejsce przed wniesieniem takiego zażalenia, w trakcie postępowania zażaleniowego, zaś po rozpoznaniu zażalenia – tryb przesłuchania zależny będzie od zapadłej decyzji sądu.

Sąd, jako dawca ustaleń faktycznych, musi zawsze znać tożsamość świadka – także ze względu na konieczność stworzenia pełnych możliwości oceny jego wiarygodności; również wobec sędziego wyznaczonego do czynności przesłuchania, dane dotyczące tożsamości świadka nie mogą być utajnione.

Przepisy pozwalają na odczytywanie na rozprawie protokołów zeznań świadka przesłuchanego, w warunkach określonych w art. 164a kpk. Zdecydowanie należy unikać takich sytuacji, w których świadka przesłuchuje tylko prokurator, zaś sąd nie ma z nim już kontaktu i zapoznaje się jedynie z protokołem. Jeżeli z uzasadnionych powodów sąd nie przesłuchuje świadka, powinno odbyć się przesłuchanie przez sędziego wyznaczonego, co zapobiegnie niewłaściwemu schematowi praktykowanego postępowania ograniczającego tak istotny i wyjątkowy fragment postępowania dowodowego – jak napisano już wyżej – do przesłuchania przez prokuratora i odczytania protokołu przesłuchania na rozprawie.

W rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 15 listopada 1995 r. w sprawie sposobu sporządzania, przechowywania i udostępniania protokołów zeznań zawierających wiadomości o świadku, którego dane umożliwiające ujawnienie tożsamości podlegają zachowaniu w tajemnicy, oraz sposobu powoływania się na takie zeznania w orzeczeniach i pismach procesowych (Dz.U. nr 130, poz. 634) – określono i uściślono istotne elementy utajniania

świadka, oraz ustalono, że dokumenty, materiały i zarządzenia, wymienione w odpowiednich fragmentach rozporządzenia, przechowuje się i udostępnia w sposób przewidziany dla akt zawierających tajemnicę państwową. Również protokołowanie zeznań świadka oraz sporządzanie odpisów protokołów może wykonywać wyłącznie wyznaczona osoba, upoważniona do dostępu do wiadomości stanowiących tajemnicę państwową³.

Aktualną regulacją instytucji świadka *incognito* zajął się m. in. S. Wyciszczak⁴. Akceptując ją ogólnie, jak i większość szczegółowych unormowań, wysunął też pewne wątpliwości i zastrzeżenia, z którymi nie zawsze można się zgodzić. Przede wszystkim twierdzi on (i krytykuje), że w związku z art. 164a § 2 kpk, protokołów zeznań świadka utajnionego innym osobom – poza oskarżonym i obrońcą – rzekomo w ogóle nie wolno udostępniać.

Z przepisu tego wynika jedynie, że danych umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka nie udostępnia się innym osobom – poza sądem, prokuratorem i wyjątkowo funkcjonariuszem policji prowadzącym postępowanie – oraz, że protokoły zeznań takiego świadka wolno udostępniać oskarżonemu lub obrońcy, ale zawsze z zachowaniem szczególnych ostrożności – tak, aby nie zostały odczytane dane umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka. Przepis nie mówi, że protokoły te wolno udostępniać tylko oskarżonemu lub obrońcy, przeciwnie – akcentuje, iż także oskarżony i jego obrońca mają prawo do zapoznania się z treścią zeznania utajnionego świadka. Wprowadzić możliwe jest rozwiązanie obejmujące utajnienie również świadków zgłaszanych przez obronę (tak jak np. w Holandii), to jednak nasza konstrukcja świadka *incognito* ma chronić tylko świadka oskarżenia. Nie ma więc powodu, aby np. pokrzywdzonego, który być może sam złożył wniosek o przesłuchanie świadka następnie utajnionego, traktować gorzej niż oskarżonego (podejrzanego), chociaż i w tym wypadku danych, o których mówi się w pierwszym zdaniu § 2, protokół nie będzie zawierał. S. Wyciszczak sam zresztą przywołuje art. 339 § 3 kpk, w myśl którego protokoły te

³ Analizy nowego unormowania dokonują m. in. J. Wojciechowski, *Krótki komentarz do ustawy o świadku incognito*, Rzeczpospolita, 14.11.1995, 263, s. 17; A. Wąsek, *Świadek anonimowy w rzetelnym procesie karnym*, [w:] *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, Lublin 1995, s. 81 i n. Wcześniej interesujące rozważania o projektach regulacji tej instytucji, na tle skąpej wówczas ochrony świadka i pokrzywdzonego w obowiązujących przepisach, przedstawił S. Waltoś, *Dylematy...*, s. 41 i n. Zob. też P. Hofmański, *Świadek anonimowy w polskim procesie karnym?*, *Przegląd Policyjny* 1994, 2–3, s. 31, 32; tenże, *Probleme des Zeugenschutzes im polnischen Strafprozess*, [w:] *Neue Erscheinungsformen...*, s. 443 i n. A. Murzynowski, *Zmiany są potrzebne, ale nie za każdą cenę*, Rzeczpospolita, 26.08.1994, 198, s. 15. Z. Gosk, *Zarys instytucji świadka anonimowego w polskiej procedurze karnej na tle rozwiązań europejskich*, *Paestra* 1996, 9–10, s. 66 i n. S. Wyciszczak, *Świadek incognito*, *Prokuratura i Prawo* 1996, 1, s. 39 i n.

⁴ S. Wyciszczak, *Świadek...*, s. 39 i n.

wolno odczytywać na rozprawie. W konsekwencji, przy odpowiedniej interpretacji, nie ma też sprzeczności między rozwiązaniami dla postępowania przygotowawczego i jurysdykcyjnego.

Przyjmując ten sam sposób rozumowania, nie można zgodzić się z wnioskiem S. Wyciszczaka (na tle § 4), że pytania świadkowi utajnionemu może zadawać tylko oskarżony i jego obrońca, a inne strony takiego uprawnienia nie mają. Byłoby to ograniczenie merytorycznie bezpodstawne, które nie wynika też z nowych postanowień kodeksu. Pozostałe strony (i ich przedstawiciele) mają co najmniej takie uprawnienia w omawianym zakresie, jak oskarżony i jego obrońca.

Autor ten opowiada się również przeciwko przyznaniu prawa do wnoszenia zażalenia na postanowienie w sprawie zachowania w tajemnicy danych umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka – tylko oskarżonemu. Rzeczywiście § 5 art. 164a takie ograniczenie wprowadza. U jego podstaw leży dążenie do przeciwdziałania przewlekaniu procesu przez zbyt wielką liczbę zażaleń, zawsze do sądu, co mogłoby znacznie utrudniać postępowania, a niekiedy wręcz paraliżować je, zwłaszcza gdyby instytucję zażalenia świadomie w tym celu nadużywano.

Niebezpieczeństwo tego rodzaju, w razie przyznania prawa do żalenia się po prostu stronom (taka możliwość była rozważana w trakcie formułowania tego przepisu), byłoby wyraźnie mniejsze. Pamiętać jednak wciąż trzeba, że w polskiej wersji tej instytucji chodzi o ochronę świadków oskarżenia, chociaż pokrzywdzony mógłby mieć interes w tym, aby wnosić zażalenie na odmowę utajnienia zgłaszanego przez niego świadka. Dlatego też alternatywą w stosunku do obecnego unormowania mógłby być zapis w § 5: „...stronom służy zażalenie...”; powstałaby jednak wówczas sugestia, że utajniać można także świadków obrony (czego chciano uniknąć), co zmieniałoby charakter tej instytucji i wymagało albo innej redakcji (w szczególności §§ 2 i 4), albo dodatkowych zapisów, usuwających uzasadnione wątpliwości interpretacyjne.

Wprowadzenie natomiast ogólnego zapisu o dopuszczalności zażalenia oznaczałoby m. in., że każdy świadek, któremu odmówiono ochrony w postaci utajnienia, mógłby się na tę decyzję żalić. W nawiązaniu do wyżej sygnalizowanych obaw oraz narastających w praktyce tendencji do utrudniania oraz przewlekania postępowań, dodając do tego – logiczne przy szerokim ujęciu utajnienia świadka – prawo obrony do żądania utajnienia jej świadków, z pewnością mielibyśmy do czynienia z tendencyjnymi akcjami zgłaszania świadków obrony, kolejnymi – z reguły bezzasadnymi – wnioskami o ich utajnienie i kolejnymi zażaleniami do sądu na odmowę utajnienia.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na kontynuowanie tego zagadnienia, należałoby jednak wyrazić ogólny pogląd, iż niezbędne ogranicze-

nie stosowania w takich układach art. 268 kpk, powinno nastąpić przez traktowanie § 5 art. 164a kpk jako przepisu szczególnego w stosunku do art. 268 kpk, co jest tym bardziej uzasadnione, że cała instytucja świadka *incognito* ma charakter wyjątkowy i szczególny. O tym zresztą należy zawsze pamiętać i nie traktować specjalnej, a jednocześnie tak przecież kontrowersyjnej konstrukcji (ze względu na powodujące przez nią uszczuplenia niektórych ważnych zasad i gwarancji procesowych), jako regulacji dla codziennej praktyki, zmieniającej model świadka w naszym procesie.

W kwestii przewidzianego w § 5 obowiązku zniszczenia protokołu z przesłuchania świadka, co do którego w wyniku zażalenia nastąpiło cofnięcie ochrony, możliwe są dwa rozwiązania. Po pierwsze – do czasu uprawomocnienia się postanowienia o utajnieniu, świadka nie przesłuchuje się, i wówczas, w razie jego „odtajnienia” przez sąd, nie ma co niszczyć, ponieważ on, jako świadek utajniony, jeszcze nie był przesłuchany. Jednakże takie wyjście opóźnia złożenie przez świadka zeznań, i np. w Holandii, która przyjęła tę sekwencję czynności, przewiduje się możliwość niezwłocznego przesłuchania świadka w sytuacji nie cierpiącej zwłoki, ale jednocześnie obowiązek zniszczenia protokołu, gdy sąd rozpoznający zażalenie cofnie ochronę świadka. Drugie wyjście przyjęte zostało przez naszego ustawodawcę, i ma ono przeciwdziałać nadużywaniu tej konstrukcji, m. in. przez następującą praktykę: świadkowi, który obawia się składania zeznań, przyrzeka się ochronę w postaci utajnienia, przesłuchuje go, a następnie – mimo spowodowanego zażaleniem cofnięcia utajnienia – wykorzystuje się bez ograniczeń i skrupułów protokół przesłuchania. Byłoby to postępowanie nieuczciwe wobec świadka (zasada *fair trial* jego też dotyczy), a poza tym kompromitujące zarówno organy procesowe, jak i omawianą instytucję, w konsekwencji zaś czyniące ją mało użyteczną. Szybko bowiem świadomi takich praktyk świadkowie przestaliby wierzyć obietnicom organów procesowych, odmawiając składania zeznań w ogóle. Powoływanie się w takich sytuacjach na prawny obowiązek świadka składania zeznań niewiele daje, ponieważ osoba, która obawia się groźnych konsekwencji wskazanych w § 1 art. 164a, będzie woląa raczej narazić się na mało dolegliwe przecież konsekwencje odmowy złożenia zeznania⁵.

2

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. (zwana dalej Konwencją) stanowi m. in., że każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego

⁵ Por. K. H. Goessel, *Zeugen- und Opferschutz...*, s. 416.

sprawy, w tym – przy rozstrzygnięciu o zasadności oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej (*fair trial*); każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony, bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a także przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony, na takich samych warunkach, jak świadków oskarżenia (art. 6 ust. 1 i 3 lit. b, c, d).

Postanowienia te stanowią podstawę wnoszonych do Europejskiej Komisji Praw Człowieka (zwanej dalej Komisją), a następnie do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwanego dalej Trybunałem) skarg na stosowanie (względnie sposób stosowania) w konkretnych postępowaniach instytucji świadka *incognito*.

Do najważniejszych dla kształtowania się omawianej instytucji zaliczyć należy sprawy: *Kostovski przeciwko Holandii* (rok 1989), *Windisch przeciwko Austrii* (rok 1990), *Luedi przeciwko Szwajcarii* (rok 1992), *Saidi przeciwko Francji* (rok 1993). Nie wnikając w szczegóły spraw karnych i zapadłych na tej drodze orzeczeń, podnieść wypadnie co następuje⁶. Trybunał, w trosce o prawa oskarżonego, wysunął liczne zastrzeżenia do omawianej instytucji, dążąc co najmniej do ograniczenia stosowania konstrukcji świadka utajnionego wobec oskarżonego i ewentualnie wobec jego obrońcy – jeżeli byłoby to nie do pogodzenia z wymaganiami rzetelnego procesu⁷.

W najgłośniejszej sprawie *Kostovski przeciwko Holandii* (seria A, nr 166), w której zapadły 20 listopada 1989 r. wyrok brany był przede wszystkim pod uwagę przy tworzeniu konstrukcji świadka *incognito* (anonimowego) w prawie polskim. Trybunał, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia zasady rzetelnego procesu, wytknął m. in., że:

– orzekające w sprawie sądy holenderskie oparły się na zeznaniach anonimowych świadków, złożonych w postępowaniu przygotowawczym przed policją i sędzią śledczym; orzekające sądy nie przesłuchiwały tych świadków i nie знаły ich tożsamości;

⁶ Przedstawiają orzecznictwo strasburskie dotyczące świadka *incognito* m. in.: S. Waltoś, *Dylematy...*, s. 44 i n.; A. Rzepliński, *Omówienie wyroku w sprawie Kostovski przeciwko Holandii*, Prokuratura i Prawo 1995, 4, s. 121–124, oraz tenże, *Omówienie wyroku w sprawie Luedi przeciwko Szwajcarii*, Prokuratura i Prawo 1995, 6, s. 137–152; A. Wąsek, *Świadek...*, s. 77 (zob. też podaną tam literaturę obcą).

⁷ M. Barcz, *Pojęcie i cechy „uczciwego procesu karnego”*, Państwo i Prawo 1990, 12, s. 74 i n.; M. P. Wędrychowski, *Prawo do uczciwej rozprawy w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Przegląd Sądowy 1991, 5–6, s. 62 i n.; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 1992, s. 41 i n.; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 53 i n.; P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 237; A. Wąsek, *Świadek...*, s. 76 i n.

– sądy zapoznały się z treścią złożonych przez świadków zeznań w ten sposób, że przesłuchujący ich oficerowie policji i sędziowie śledczy sami złożyli zeznania na treść dokonanych przesłuchań, przy czym dodać trzeba, że jeden z sędziów śledczych nie znał tożsamości świadka, którego przesłuchiwał;

– oskarżonemu i jego obrońcy nie umożliwiono bezpośredniego zadawania świadkom pytań;

– wyrok skazujący był oparty w znacznej mierze na zeznaniach świadków anonimowych, zaś zdaniem Trybunału, zeznanie świadka anonimowego może być tylko jednym z dowodów w sprawie, i to o charakterze pomocniczym, subsydiarnym; tym bardziej nie jest dopuszczalne, aby wyrok skazujący oparty był wyłącznie na zeznaniach takiego świadka;

– decyzja o utajnieniu świadków nie podlegała zaskarżeniu.

W sprawie *Windisch przeciwko Austrii* (seria A, nr 186), w wyroku wydanym 27 września 1990 r. Trybunał podzielił stanowisko zajęte wcześniej w sprawie *Kostovski przeciwko Holandii*, ponadto jednak poszedł dalej w poglądach ograniczających dopuszczalność utajnienia świadka. Podkreślone zostało mianowicie, że:

– nie znając tożsamości świadka, obrona pozbawiona została dostępu do wiadomości pozwalającej jej na zbadanie wiarygodności świadka lub jej podważenie;

– z punktu widzenia wymogów rzetelnego procesu, nie jest wystarczające dopuszczenie w postępowaniu przygotowawczym do zadawania świadkowi pytań drogą pisemną przez oskarżonego lub jego obrońcę;

– wobec tego, że tylko funkcjonariusz policji przesłuchiwał świadków (i następnie przedstawił sądowi ich treść), sąd nie mógł sobie wyrobić własnego poglądu o ich wiarygodności.

Dodać trzeba, że w austriackim prawie procesowym nie było wówczas przepisów nawiązujących bezpośrednio do instytucji świadka anonimowego, a mimo to austriacki sąd orzekający w tej sprawie stwierdził, że jakkolwiek nieznane mu są dane personalne świadków, to jednak związany jest decyzją dyrekcji policji, zabraniającą funkcjonariuszom prowadzącym dochodzenie ujawniania tożsamości świadków.

W sprawie *Luedi przeciwko Szwajcarii* (seria A, nr 238), w wyroku wydanym 15 czerwca 1992 r. Trybunał wyszedł z założenia, że wszystkie dowody powinny być przeprowadzone w obecności oskarżonego na publicznej rozprawie. Wyjątki od tej zasady muszą uwzględniać zachowanie przez oskarżonego prawa do obrony. Trybunał uznał, że w tej sprawie prawo oskarżonego do obrony było w takim stopniu ograniczone, iż jego proces był nierzetelny. Nastąpiło to zwłaszcza przez:

– odmowę sądu przesłuchania świadka, którym był tajny agent policji infiltrujący środowisko handlarzy narkotyków, gdyż mogłoby go to zdekonspirować (agent złożył tylko pisemne zeznanie);

– uniemożliwienie oskarżonemu i jego obrońcy postawienia tajemnemu agentowi–świadkowi pytań i kwestionowania jego wiarygodności.

W wyroku tym Trybunał uznał prawo policji do utrzymania anonimowości świadka będącego tajnym agentem policji, w celu zapewnienia mu ochrony i zachowania szansy wykorzystania go w przyszłości, twierdząc, że możliwe było przesłuchanie agenta w taki sposób, aby uczynić zadość wymogom prawa do obrony i zabezpieczyć interesy policji w walce z handlarzami narkotyków, przez zachowanie anonimowości agenta. Jednakże w zdaniu odrębnym, zgłoszonym do tego orzeczenia, jeden z sędziów wyraził pogląd, że nie jest realistyczne oczekiwanie, iż sądy szwajcarskie mogły przesłuchać tajnego agenta w taki sposób, że nie doszłoby do jego identyfikacji, a więc i dekonspiracji. Jest to istotny przyczynek do rozważań nad zasadniczym dylematem, wiążącym się z instytucją świadka anonimowego – wielkich trudności w pogodzeniu skutecznej ochrony świadka przez jego utajnienie, z zachowaniem w odpowiednim zakresie prawa oskarżonego do obrony.

W sprawie *Saidi przeciwko Francji* (seria A, nr 261), w wyroku wydanym 20 września 1993 r., zdaniem Trybunału, naruszona została zasada rzetelnego procesu przez to, że:

– świadkowie zostali przesłuchani tylko w postępowaniu przygotowawczym;
– uniemożliwiono oskarżonemu kwestionowanie zeznań świadków i zadawanie im pytań.

W dwóch innych sprawach – *Salvatore Isgro* (I/1990/192/252) oraz *Josefa Artnera* (39/1991/291/362) – wykorzystywano w postępowaniu sądowym zeznania świadków, którzy zostali przesłuchani w postępowaniu przygotowawczym, lecz nie stawili się na wezwanie sądu, zaś ich odnalezienie napotkało na przeszkody trudne do przezwyciężenia. W obydwu wypadkach trybunał jednogłośnie orzekł, że w tych okolicznościach dopuszczenie przez sąd takiego dowodu nie narusza postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a w szczególności prawa oskarżonego do obrony i rzetelnego procesu (§§ 1 i 3 art. 6 Konwencji). Jak należałoby wnioskować, w tych sprawach brak było tylko możliwości bezpośredniego kontaktu oskarżonych i obrońców ze świadkami, oraz zadawania im pytań, natomiast nie występowało utajnienie ich tożsamości. Podkreślić wszakże trzeba, że i w takich sytuacjach – bardzo często zresztą występujących w naszej praktyce na tle art. 337 i 338 kpk – sąd również ma uszczuplone możliwości oceny wiarygodności świadków, o czym będzie jeszcze mowa.

Interesujące jest również ostatnio zapadłe postanowienie z dnia 11 października 1994 r., wydane przez Komisję (a więc postępowanie jest w toku) w sprawie *Doorson przeciwko Holandii* (App. nr 20524/92). Komisja na tym etapie postępowania uzależniła, że nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, chociaż przyjęcie tej tezy nastąpiło niewielką większością głosów. W sprawie tej dwaj anonimowi świadkowie zostali przesłuchani z udziałem adwokata, który miał możliwość zadawania im pytań, ale ani adwokat, ani oskarżony nie znali ich personaliów. Zeznania złożone zostały przed sędzią śledczym, który znał ich tożsamość i w protokole wyraził opinię dotyczącą wiarygodności świadków oraz powodów zachowania przez nich *incognito*. Świadkowie ci nie byli jednak przesłuchiwanymi przez sąd pierwszej i drugiej instancji, co zostało wytknięte przez przegłosowanych sędziów dysydentów. Można jednak powiedzieć, że w tej sprawie nastąpiło istotne zbliżenie stanowisk organów procesowych, sięgających do instytucji utajnienia świadka, oraz – jak na razie – Komisji Praw Człowieka. Trzeba teraz czekać na stanowisko Trybunału.

Wyciągając ogólniejsze wnioski z dotychczasowego orzecznictwa, można przyjąć, że – zdaniem Trybunału – posługiwanie się zeznaniami anonimowego świadka narusza postanowienia Konwencji, jeżeli:

a) świadek anonimowy jest przesłuchiwany wyłącznie przez funkcjonariusza policji, albo przez niego i sędziego śledczego, w sytuacji, gdy sędzia śledczy nie zna tożsamości świadka;

b) strony procesowe lub ich przedstawiciele – a zwłaszcza oskarżony lub jego obrońca – zostali pozbawieni możliwości brania udziału w przesłuchaniu świadka i zadawania mu pytań; nie jest przy tym konieczne umożliwienie zadawania pytań w sposób bezpośredni.

Przyjmuje się⁸, iż w orzeczeniach Trybunału, przede wszystkim na tle sprawy *Kostovskiego*, kształtują się pewne standardy międzynarodowe. Wynika z nich, że:

a) świadek musi być przesłuchany przez sąd orzekający lub jednego z sędziów, członka składu orzekającego;

b) obrońcy należy stworzyć możliwość postawienia świadkowi wyczerpujących i przynajmniej pisemnych pytań;

c) sąd musi troskliwie zbadać, czy rzeczywiście zachodzi taki stan zagrożenia świadka, który uzasadnia jego anonimowość;

d) na sądzie spoczywa obowiązek skrupulatnego badania wiarygodności świadka.

⁸ S. Waltoś, *Dylematy...*, s. 44, 45. Zob. też A. Wąsek, *Świadek...*, s. 77–81.

Problem zagrożeń świadków (i pokrzywdzonych) oraz ich rodzin ma charakter ogólnoświatowy. W konsekwencji, w niektórych krajach podjęte zostały nie tylko praktyczne (bez wyraźnej prawnej podstawy), ale także – w różnym zresztą zakresie – legislacyjne kroki, mające na celu ochronę świadka. Ograniczając się do ustawodawstwa europejskiego, przedstawic

wypadnie pokrótce następujące regulacje.

W reakcji m. in. na orzeczenie Trybunału strasburskiego w sprawie Kostovskiego, niekorzystne dla Holandii, wydana została w tym kraju ustawa w sprawie zmiany kodeksu postępowania karnego, kodeksu karnego i niektórych innych ustaw – dotycząca ochrony świadków; zmierza ona do unormowania omawianego zagadnienia, z uwzględnieniem orzecznictwa strasburskiego. Pamiętać trzeba, że wyrok Trybunału był w swej treści całkowitym przeciwieństwem wcześniej panującego orzecznictwa i praktyki w Holandii, gdzie od roku 1980 karnoprosesowe przepisy były tak interpretowane, iż nie stały na przeszkodzie wykorzystywaniu anonimowych zeznań.

Według nowej regulacji, utajnienie tożsamości świadka postanawia sędzia śledczy z urzędu lub na wniosek prokuratora, albo na prośbę oskarżonego (podejrzanego), bądź jego obrońcy lub samego świadka; a więc oskarżony i obrońca też mogą żądać ochrony „ich” świadka.

Wśród przesłanek (powodów) utajnienia wysuwa się na pierwszy plan zagrożenie życia, zdrowia lub bezpieczeństwa świadka albo jego rodziny, względnie innych osób – jeżeli zagrożenie to odczuwane jest przez świadka w takim stopniu, że odmawia on złożenia zeznań albo w ogóle stawienia się na wezwanie.

Instytucja utajnienia świadka może mieć zastosowanie tylko do niektórych, wymienionych w ustawie zbrodni, jeżeli z uwagi na swą istotę, przemyślany sposób popełnienia lub związek z innymi popełnionymi przestępstwami, stanowi ona poważne naruszenie prawa.

Na decyzję sędziego śledczego przysługuje zażalenie, które w zasadzie wstrzymuje przesłuchanie świadka do czasu rozstrzygnięcia instancji wyższej, chyba że zachodzi sytuacja nie cierpiąca zwłoki. Jeżeli sąd rozpoznając zażalenie wypowie się przeciwko utajnieniu świadka – niszczy się protokół dokonanego wcześniej, jako nie cierpiącego zwłoki, przesłuchania, czyniąc o fackie zniszczenia wzmiankę w aktach sprawy.

Sędzia śledczy może postanowić, iż przy przesłuchaniu świadka nieobecny będzie albo podejrzany, albo obrońca, albo jeden i drugi. W tym ostatnim wypadku obecny nie może być również prokurator. Po przesłuchaniu świadka, sędzia niezwłocznie informuje prokuratora, podejrzanego lub jego

obrońcę – jeżeli nie byli przy przesłuchaniu – o treści zeznań świadka, co stwarza tym osobom możliwość skierowania do świadka – za pomocą środków telekomunikacji lub w formie pisemnej – pytań. Podczas przesłuchania sędzia śledczy obowiązany jest zbadać wiarygodność świadka i złożyć w tym względzie, w protokole, stosowne sprawozdanie.

Zeznanie świadka *incognito* może stanowić tylko współdowód, a więc nie może być jedynym dowodem przemawiającym przeciwko oskarżonemu. Poza tym nie można utajniać świadka, o którego przesłuchanie wcześniej wnosili oskarżony (obrońca).

Oceniając nowe prawne rozwiązania w Holandii, podkreśla się, że obecnie tylko przy poważnym zagrożeniu (o którym mówi ustawa) przede wszystkim samego świadka istnieje umiarkowana możliwość zachowania przez niego anonimowości, co stanowi wyraźne ograniczenie wcześniejszej praktyki. Dążono bowiem do pogodzenia indywidualnego interesu świadka, zeznawania bez narażania się na niebezpieczeństwo – z gwarancjami praworządnego wymiaru sprawiedliwości.

Rząd Holandii, rekomendując omawianą ustawę, wyrażał przekonanie, że spełnia ona wymagania, które Trybunał strasburski postawił, uznając je za prawidłową interpretację Konwencji Praw Człowieka.

W Niemczech możliwość utajniania tożsamości świadków wprowadziła ustawa z 15 lipca 1992 r. o zwalczaniu nielegalnego obrotu narkotykami i innych form zjawiskowych zorganizowanej przestępczości, nowelizując §§ 68, 168a, 200 i 222 StPO.

W ramach tzw. małego utajnienia, w określonych sytuacjach, świadkowie mają prawo do zachowania w tajemnicy swojego adresu domowego i podania dla celów procesowych innego adresu, np. miejsca zatrudnienia. Dalej idącym utajnieniem jest zachowanie w tajemnicy nie tylko adresu świadka, ale również danych pozwalających na jego identyfikację. Może to nastąpić wtedy, gdy – w związku z zeznaniem świadka – istnieje realne niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia lub wolności świadka albo innej osoby. Dane osobowe świadka nie są znane również obrońcy.

Świadek ma jednak obowiązek stawienia się na rozprawę oraz składania zeznań w obecności oskarżonego i jego obrońcy; w pewnych sytuacjach można usunąć oskarżonego z sali rozpraw.

Ponieważ na rozprawie nie przewiduje się żadnych środków uniemożliwiających rozpoznanie (identyfikację) świadka – np. parawan czy zeznawanie za pośrednictwem kamery video, ze zniekształceniem obrazu oraz głosu – regulacja ta nie stwarza w pełni skutecznego sposobu utajnienia i ochrony świadka. Wszakże, jeżeli rozwiązania tego nie uznaje się za wystarczające dla osiągnięcia utajnienia i ochrony świadka, stosuje się znaną od dawna i praktykowaną metodę przesłuchiwanie tylko funkcjonariusza policji, który

przekazuje informacje otrzymane od (anonimowego) świadka, i który oczywiście odmawia ujawnienia tożsamości świadka-informatora⁹.

Austria (m. in. również po doświadczeniach wynikających z przedstawionej wyżej sprawy Windischa) możliwość utajnienia tożsamości świadka wprowadziła w roku 1993, w drodze nowelizacji StPO. Na podstawie § 166a, sędzia może świadkowi – obawiającemu się o życie, zdrowie lub wolność osobistą – zezwolić na zachowanie w tajemnicy jego tożsamości oraz na odmowę odpowiedzi na pytania, jeżeli mogłoby to prowadzić do jej ujawnienia. Dopuszczalne jest również przesłuchanie świadka za pośrednictwem kamery video (§ 250 ust. 3). Utajnienie nie może jednak nastąpić w stosunku do obrońcy, który zachowuje prawo do bezpośredniego kontaktu ze świadkiem i zadawania mu pytań.

Niektóre ustawodawstwa dopuszczają tylko wyraźnie ograniczone, a więc mało skuteczne, sposoby procesowej ochrony świadka: prawo do odmowy zeznań zagrożonego świadka (Szwecja, Norwegia); możliwość składania zeznań przez telefon (Szwecja) lub za pośrednictwem kamery video (Anglia) – jednak bez zachowania anonimowości¹⁰.

Węgry, Czechy, Hiszpania, Szwecja, Litwa podjęły, w różnym stopniu zaawansowane, kroki legislacyjne, zmierzające do skuteczniejszej ochrony świadków.

W niektórych krajach, mimo braku przepisów odnoszących się wprost do kwestii ochrony świadka, praktycznie taką ochronę – poprzez różne formy utajnienia – się stosuje. Do nich należy Francja oraz Holandia – przed znowelizowaniem kodeksów karnego i postępowania karnego.

Przypomina się, że francuska policja już od czasów „*ancien régime*” (Fouché) posługuje się anonimowymi informatorami. Współcześnie bardzo wiele akt postępowania przygotowawczego, które policja kryminalna przekazuje prokuraturze, zaczyna się od dyskretnej formuły: „W nawiązaniu do informacji, które do nas dotarły...”. Wypowiadany jest pogląd, że tajny (utajniony) informator jest najbardziej znaczącym pomocnikiem wymiaru sprawiedliwości, że stanowi on bazę (podstawę) procesu karnego.

We Francji na trwałe przyjęta została zasada, iż świadek/informator ma, wyprowadzane z konstrukcji tajemnicy zawodowej, prawo do anonimowości.

Przeważa też pogląd, że wówczas, gdy świadek żąda utajnienia swojej tożsamości, należy ją w pełni zagwarantować. Francuski Trybunał Kasacyjny

⁹ K. H. Goessel, *Zeugen- und Opferschutz...*, s. 405 i n., zwłaszcza s. 418–422 oraz podana tam literatura; zob. też przyp. 11. S. Waltoś, *Dylematy...*, s. 45, 46; G. Gruenwald, *Zasada bezpośredniości przy przesłuchiwanie świadków i odstępstwa od niej w procesie karnym RFN*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 1989, Sectio G, XXXVI, 13, s. 141 i n.

¹⁰ S. Waltoś, *Dylematy...*, s. 47.

zastrzeżenia wysuwane pod adresem anonimowości świadków odrzucił (skwitował) jednym zdaniem: obronie pozostaje niekwestionowane prawo zajęcia stanowiska wobec otrzymanych informacji¹¹.

4

Oceniając unormowanie instytucji świadka *incognito* w prawie polskim, podkreślić trzeba widoczną troskę ustawodawcy o możliwie daleko idące respektowanie powszechnie uznanych zasad procesu karnego oraz dążenie do przestrzegania postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Konwencji, w interpretacji wyrażonej w orzecznictwie Trybunału.

Przyznać wszakże trzeba, że wprowadzone do naszego systemu procesowego unormowanie instytucji świadka *incognito*, nasuwa też pewne wątpliwości. Przede wszystkim nadmiernie zachwiana została równość stron. Już sam fakt, że świadek jest utajniony tylko wobec oskarżonego (podejrzanego) i jego obrońcy, zaś prokurator zna jego tożsamość, powoduje że równość stron jest w pewnym stopniu podważona. Niepotrzebnie jednak pogłębia się tę nierówność, przez dopuszczenie do obecności przy przesłuchaniu świadka przez sąd (sędziego) prokuratora, pod nieobecność oskarżonego i jego obrońcy. W nowym kodeksie powinna być w tym względzie dokonana korekta, zwłaszcza że podobne zastrzeżenie pojawia się w orzecznictwie Trybunału odnośnie do praktyk niektórych innych państw.

W koncepcji utajnienia świadka najpoważniejszym problemem jest pozycja obrońcy. W orzecznictwie Trybunału przewija się sugestia, iż wobec obrońcy oskarżonego, utajnienie świadka w zasadzie nie powinno być wprowadzane, a w każdym razie należałoby je miarkować.

Nasz ustawodawca uznał, że bezwzględne udostępnienie obrońcy danych osobowych utajnionego świadka, w większości spraw przekreślałoby skutecz-

¹¹ W opracowaniu zbiorowym pod red. P. Huenerfelda (*Zeugenschutz durch Verkuierung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen*, Freiburg in Breisgau 1992) omówiona została problematyka ochrony świadka w Danii, Anglii, Walii, Płn. Irlandii, Francji, Włoszech, Holandii, Szwajcarii, Hiszpanii, USA – z uwzględnieniem sytuacji w RFN; zob. zwłaszcza s. 23, 26, 27, 54, 84, 121 i n. 163, 164, 200, 201, 220, 221, 260, 261, 269 i n. Zob. też V. Krey, E. Haubrich, *Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittler*, Juristische Rundschau 1992, 8, s. 309 i n.; W. Steinke, *Wirksamer Zeugenschutz de lege ferenda*, ZRP 1993, 7, s. 253 i n.; M. Soine, O. Soukup, „Identitätsänderung”, *Anfertigung und Verwendung von „Tarnpapieren”*, ZRP 1994, 12, s. 466 i n.; H. Hilger, *Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, 1. Teil*, Neue Zeitschrift fuer Strafrecht 1992, 10, s. 457 i n. oraz 2. Teil – 1992, 11, s. 523 i n.; N. Joachim, *Der Hoerensagenbeweis im Strafverfahren*, Frankfurt am. Main, s. 122 i n.

ność tej konstrukcji procesowej¹². Wydaje się jednak, że w praktyce mogą występować sytuacje, gdy wystarczające będzie zastosowanie utajnienia tylko wobec oskarżonego. Należałoby więc rozważyć, czy w nowym kodeksie nie zmienić stosownego unormowania, pozostawiając uznaniu organu procesowego możliwość niestosowania utajnienia wobec obrońcy.

Wreszcie wskazane byłoby dokonanie w przyszłym kodeksie takiej zmiany zapisu odpowiadającego obecnemu § 3 art. 164a kpk, żeby zawsze, gdy jest to możliwe, przesłuchania świadka utajnionego dokonywał sąd lub sędzia wyznaczony, niezależnie od tego, czy przesłuchiwał go już prokurator.

5

Jak już na wstępie wskazano, wprowadzone w roku 1995, w drodze nowelizacji do obowiązującego kpk z 1969 r., utajnienie świadka oparte zostało na ówczesnej wersji projektu nowego kodeksu. W toku prac sejmowych nad tym projektem, w tekście regulującym omawianą instytucję dokonano pewnych zmian, które objęły zwłaszcza §§ 3 i 4. Przepis § 3 otrzymał brzmienie:

Świadka przesłuchuje prokurator, a także sąd, który może zlecić wykonanie tej czynności sędziemu wyznaczonemu ze swojego składu – w miejscu i w sposób zapewniający zachowanie w tajemnicy tożsamości świadka.

Oznacza to konieczność przesłuchania utajnionego świadka przez czynnik sądowy (sąd lub sędziego) zawsze, niezależnie od tego, czy był on wcześniej przesłuchany przez prokuratora i czy w aktach znajduje się prokuratorski protokół takiego przesłuchania.

W trosce o respektowanie zasady równości stron, ściśle związanej z zasadą kontrydiktoryjności, skreślono fragment stanowiący, że przy przesłuchaniu przez sąd lub sędziego może być obecny prokurator. Zrezygnowano również z wąskiego i sformalizowanego ujęcia sposobu zadawania pytań świadkowi przez oskarżonego i jego obrońcę, następująco formułując § 4:

¹² Istotne argumenty za przyjętym rozwiązaniem przytacza J. Wojciechowski, *Chyba będzie świadek incognito*, Rzeczpospolita, 14.04.1995. S. Waltoś (*Dylematy...*, s. 50) pisze, że wprowadzenie uprawnień do obecności obrońcy przy przesłuchaniu świadka spowodowałoby w praktyce rezygnowanie z utajnienia świadka. Również Krajowa Rada Sądownictwa wypowiedziała się przeciwko ujawnianiu wobec obrońcy tożsamości utajnionego świadka (opinia z dn. 18.01.1995 r.). A. Wąsek (*Świadek...*, s. 86) wskazuje trafnie, że szczegółowa analiza orzecznictwa strasburskiego i jego aktualnych tendencji upoważnia do sformułowania poglądu, iż nie stawia ono obecnie bezwzględnego wymogu ujawniania tożsamości świadka anonimowego przed obrońcą; por. też P. Hofmański, *Świadek anonimowy...*, s. 31, *tenże*, *Probleme des Zeugenschutzes...*, s. 453, 454.

Przesłuchanie świadka z udziałem oskarżonego lub obrońcy może być przeprowadzone tylko w takich warunkach, które wyłączają możliwość ujawnienia tożsamości świadka.

Konkretne rozwiązania tego trudnego, także technicznie, zagadnienia pozostawia się tym samym organom procesowym, które stosować będą środki dostosowane do sytuacji i realiów toczącego się postępowania.

Nie uwzględniono natomiast postulatu fakultatywnego tylko utajniania świadka wobec obrońcy oskarżonego, mimo że w krótkim okresie stosowania art. 164a kpk, taka zróżnicowana praktyka zdążyła się już – niejako *praeter legem* – wytworzyć.

Oczywiście, w toku dalszych prac w Sejmie i w Senacie, szczegóły omawianej regulacji mogą ulec jeszcze kolejnej zmianie, natomiast wydaje się nie ulegać wątpliwości, że instytucja ta znajdzie się w nowym kodeksie, wobec uzasadnionych potrzeb praktyki, potwierdzonych przez znaczną liczbę spraw, w których ją zastosowano natychmiast po wejściu znowelizowanych przepisów w życie.

6

Uznając, że wprowadzona do naszego procesu instytucja świadka *incognito* mieści się w ramach wyznaczonych przez zasady procesu karnego i międzynarodowe zobowiązania Polski, również w interpretacji Trybunału, przyznać trzeba, iż ma to miejsce, zwłaszcza w tym ostatnim aspekcie, pod pewnymi względami jak gdyby na granicy dopuszczalnych uszczupień praw oskarżonego¹³.

Rosnąca przestępczość i rosnące zagrożenia świadków powodują, że szczególna ochrona świadka przez jego utajnienie jest koniecznością. Nie można dopuścić do sytuacji, w której przestępcy bezwzględni, brutalni, a do tego dobrze zorganizowani, a więc dysponujący dodatkowymi możliwościami zastraszania świadków (pokrzywdzonych) i spełniania swych gróźb, mieliby w ten sposób wpływać na wymiar sprawiedliwości, a może nawet go paraliżować. Występujące w świecie od wielu lat i narastające zagrożenie pokrzywdzonych i świadków spowodowało – jak wskazano wyżej – już znacznie wcześniej w różnych formach reakcję ustawodawców i praktyki w niektórych krajach, poszukujących sposobów wzmocnienia bezpieczeństwa tych osób.

O stopniu realnego zagrożenia świadków w Polsce świadczy m. in. fakt, że jeden z sądów, w procesie przeciwko członkom grupy przestępczej,

¹³ A. Wąsek (*Świadek...*, s. 85, 86): „*Summa summarum* wyrazić należy pogląd, że unormowanie instytucji świadka anonimowego [...] mieści się (jeszcze) w granicach wymagań stawianych pod adresem rzetelnego procesu karnego przez art. 6 Konwencji” i „może liczyć na akceptację organów strasburskich”. P. Hofmański, *Probleme des Zeugen...*, zwłaszcza s. 449 i n.

natychmiast po wejściu w życie omawianych przepisów, uznał za wskazane utajnienie świadka, w związku z tym, że wcześniej inny świadek został zabity. Wkrótce nastąpiło utajnienie niektórych świadków w tzw. aferze węglowej, w reakcji na zabicie, a następnie spalenie zwłok również jednego ze świadków. Bardzo szybko w ponad stu sprawach zastosowano art. 164a kpk i przepisy z nim związane.

Podkreślić wszakże trzeba, że poczucie zagrożenia u świadków ma charakter nie jednostkowy, sporadyczny, lecz szeroki, i to w skali wręcz alarmującej.

Przedstawiona wcześniej analiza naszych przepisów – które niewątpliwie w określonym stopniu ograniczają prawo oskarżonego do obrony, czy utrudniają jego realizację – uwzględnia postanowienia Konwencji Praw Człowieka (podobnie, jak postanowienia Paktów ONZ), wyznaczające tolerowane ramy tych ograniczeń. Postanowienia te nie są jednak dostatecznie szczegółowe i w pełni jasne, stąd interpretacyjne znaczenie orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka.

Na tym tle rodzi się pytanie, czy wykładnia i związane z nią wskazania Trybunału można w całości i bez zastrzeżeń afirmować. Otóż wydaje się, że orzecznictwo Trybunału, zwłaszcza wcześniejsze, jest nadmiernie ścieśniające możliwości skutecznego utajniania świadków. Generalnie Trybunał nie zdyskwalifikował tej instytucji, a przeciwnie – w zasadzie uznał ją za dopuszczalną. Trybunał kilkakrotnie podkreślał też, iż dostrzega realność zagrożeń świadków i potrzebę ich ochrony. Niekiedy wszakże wytknięcia, czy zalecenia formułowane przez Trybunał mają tak dalece hamujący charakter, że gdyby je rozumieć dosłownie i w izolacji, w oderwaniu od innych wypowiedzi Trybunału, to niweczyłyby próby podejmowane przez ustawodawców poszczególnych państw realnego utajnienia świadka, choćby w bardzo wąskim zakresie. W szczególności dotyczy to ważkiej kwestii utrzymywania w tajemnicy danych osobowych świadka wobec obrońcy.

Optymistyczne jest jednak, że w ostatnim okresie Trybunał łagodzi swoje poglądy i zajmuje bardziej elastyczne stanowisko, starając się znaleźć możliwości kompromisu między tradycyjnie ujmowanym prawem do obrony i potrzebą ochrony świadków, niezbędnych przecież wymiarowi sprawiedliwości, zwłaszcza w walce z przestępczością zorganizowaną¹⁴.

¹⁴ Podobnie S. Waltoś, *Dylematy...*, s. 45; A. Wąsek, *Świadek...*, s. 86.

Janusz Tylman

DIE EINRICHTUNG DES INKOGNITOZEUGEN

Zusammenfassung

Die ernste Steigerung der kriminellen Handlungen, die in letzten Jahren in vielen Ländern notiert wurde, tritt auch in Polen auf. Diese wachsende Kriminalität umfasst neue, oft gefährliche und manchmal brutale Arten der Begehung der Straftaten; die Kriminalität entwickelt sich in schon organisierten Formen.

Auch aus diesem Grund entsteht eine besonders beunruhigende Erscheinung, das heisst, gewaltsam anwachsendes Bedrohungsgefühl aus der Seite der Verbrecherwelt, das bei den Personen, die als die Zeugen der Deliktvorgänge waren, auftritt; das betrifft in hohem Grade auch die Geschädigten.

Als Wirkung gegen diese Erscheinung wurde, mit dem Gesetz von 6. Juli 1995, die Einrichtung des Inkognitozeugen ins polnische Strafverfahrenssystem eingeführt.

Sie ermöglicht die Wahrung des Angabengeheimnisses der Person. Das macht unmöglich, die Identifizierung des Zeugen zum Vorschein zu bringen, vor allem gegenüber dem Angeklagten und dem Verteidiger; seine Identifizierung kennen nur das Gericht, der Staatsanwalt, und wenn es nötig ist, auch ein das Verfahren führende Polizist. Die Protokolle der Zeugenaussagen darf man dem Angeklagten oder dem Verteidiger auf solche Weise vorzeigen, die das Ablesen der den Zeugen identifizierenden Angaben nicht ermöglicht.

Den Zeugen vernehmen der Staatsanwalt oder das Gericht, das die Vernehmung dem aus seinem Personalbestand bestimmten Richter auftragen kann, natürlich an der Stelle, die das Geheimnis der Wahrung der Identifizierung des Zeugen sichert.

Auf die Richtungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Rücksicht nehmend, unter anderen, hat der polnische Gesetzgeber reale Einschränkung dieser Einrichtung angenommen und er hat sich um die Sicherung bemüht, die vor ihrem Missbrauch, besonders für den übermässigen Schaden, auf Recht des Angeklagten auf die Verteidigung schützen soll. Man hat, unter anderen, die Polizei aus den Rechtssubjekten ausgeschlossen, die über die Verheimlichung des Zeugen entscheidet. Die entscheidende Rolle wurde hier dem Gericht gegeben, zu welchem dem Angeklagten die Beschwerde auf die Verheimlichung des Zeugen dient.

Ausser dem gut entwickelten Schutz des Zeugen hat man die sogenannte kleine Verheimlichung – zwar nur die Adresse des Zeugen – angenommen.

Bei der Bearbeitung wurde die Strassburger Spruchpraxis in wichtigen Angelegenheiten, die die besprochene Einrichtung betreffen, vorgestellt.

Die durchgeführte Analyse führt zur Schlussfolgerung, dass sie am Anfang ausdrücklich lustlos zu dieser Konstruktion war. Letztens jedoch, unter dem Zwang der wachsenden Kriminalität und der wirklichen Bedürfnisse der Länder, die nach wirksamen Instrumenten im Kampf vor allem gegen die organisierte Kriminalität suchen – ist die Stellung vom Gerichtshof für Menschenrechte mehr realistisch. In verschiedenen Ländern findet die Verheimlichung des Zeugen auf Grund der entsprechenden Rechtsregelungen statt, oder in der Praxis ohne Rechtsgrundlage. Der Verfasser bespricht breiter die Situation in Holland, Österreich, Deutschland und Frankreich, und weist auch auf den Rechtszustand oder auf die Vorbereitungen auf seine Änderung in manchen Systemen des Strafverfahrens hin.

Wenn man aktuelle Regelungen der in Polen und in anderen Ländern besprochenen Einrichtung und die Strassburger Rechtsprechung analysiert, verlangt der Verfasser die

Einführung in neue StPO von gewissen Korrekturen, unter anderen solche, die die Einschränkung der Ungleichheit der Berechtigungen der Parteien, die Hinterlassung der Anerkennung des Prozessorgans die Verheimlichung gegenüber dem Verteidiger des Angeklagten, die die Feststellung der Pflicht des unmittelbaren Verhörs des Zeugen durch das Gericht oder vom Richter betreffen, auch da wenn ein vom Staatsanwalt gemachtes Vernehmungsprotokoll ist.

Der Verfasser hält aufrecht und begründet die Anschauung, dass die Einrichtung des Inkognitozeugen, trotz ihrer Auseinandersetzung, nötig ist, obwohl sie die Tatsache bildet, dass sie manche wichtigen Prinzipien beschränkt und die Verteidigung des Angeklagten erschwert. Man kann jedoch nicht zu solcher Situation zulassen, in der schonungslose, gut organisierte Verbrecher, denen jedes Mittel recht ist, über besondere Möglichkeiten des Erschreckens der Zeugen (Geschädigten) und über die Erfüllung ihrer Androhungen verfügen, und dadurch hätten sie auf diese Weise einen Einfluss auf die Rechtspflege und vielleicht konnten sie sie sogar behindern.